

NORBERTO BOBBIO Y LOS DERECHOS SOCIALES: ELEMENTOS DE REFLEXIÓN*

NORBERTO BOBBIO AND SOCIAL RIGHTS: SOMETHING WORTH THINKING ABOUT

PAOLA CHIARELLA

Università degli Studi Magna Graecia di Catanzaro

Fecha de recepción: 4-6-13

Fecha de aceptación: 16-7-13

Resumen: *Los derechos sociales, en comparación con los derechos civiles y políticos, han sufrido de un complejo de inferioridad. Se pensó durante mucho tiempo que no eran verdaderos derechos, sino proposiciones programáticas de acción política. Las reflexiones de Bobbio sobre este tema son todavía muy útiles para un análisis completo de la naturaleza y de la función de esta categoría de derechos.*

Abstract: *Social rights, in comparison with civil and political rights, have suffered from an inferiority complex. For a long time it was thought that they were not real rights, but programmatic propositions of political action. The reflections of Bobbio on this theme are still very useful for a complete analysis of the nature and the function of this category of rights.*

Palabras clave: derechos sociales, función promocional del derecho, remedios por incumplimientos

Keywords: social rights, promotional function of right, remedies to the failure of implementation

1. INTRODUCCIÓN

Norberto Bobbio se quejó de que muy poco y siempre en menor medida se hablase de los derechos sociales, sintiendo la necesidad de ofrecer “*qualche*

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto POR Calabria FSE 2007/2013 financiado por la Comisión Europea, el Fondo Social Europeo y la región de Calabria.

buon argomento per dimostrare l'opportunità di rompere questo silenzio"¹. Aunque el debate sea muy acalorado en la doctrina, ello sigue siendo infértil en la vida política por la falta de una verdadera voluntad que reconoce la urgencia de la protección a pesar de las dificultades en la implementación. El áspero sendero que conduce a la protección de los derechos fundamentales es atravesado por dos tipos de viajeros "*quelli che ci vedono chiaro ma hanno i piedi legati e quelli che avrebbero i piedi liberi ma ahimè hanno gli occhi bendati*"². Entre estos últimos están aquellos que, no reconociendo a los derechos sociales la cualificación auténtica de derechos fundamentales, presentan una serie de argumentos que ponen de relieve el carácter condicional de los derechos sociales con respecto a los derechos civiles y políticos los cuales están diseñados como el alfa y el omega de la categoría de los derechos fundamentales. Como se ha señalado en doctrina, a partir de la distinción de Bobbio entre teoría e ideología, esta actitud hacia los derechos sociales depende de la asunción de una teoría que está condicionada por una interpretación ideológica³.

Para una contribución a la teoría de los derechos sociales, es oportuno recordar algunas reflexiones de Bobbio que hoy demuestran características muy útiles para un análisis completo de la naturaleza y de la función de esta categoría de derechos fundamentales.

2. LAS RAZONES DE LA NATURALEZA ESPECÍFICA DE LOS DERECHOS SOCIALES

El proceso evolutivo de los derechos fundamentales, como señaló Bobbio, ha seguido cuatro etapas que tienen, cada una, su propia razón de ser. Los procesos de *positivación*, de *generalización*, de *internacionalización*⁴, y

¹ N. BOBBIO, "I diritti, la pace e la giustizia sociale", en M. BOVERO (ed.), *Teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 2009, p. 466.

² N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, p. 33.

³ F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, "Argumentos para una teoría de los derechos sociales", en V. ZAPATERO y M. I. GARRIDO GÓMEZ (eds.) *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos núm. 1, Universidad de Alcalá-Defensor del Pueblo, Madrid 2009, pp. 143-163.

⁴ G. PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, pp. 145-199. Sobre el requisito de la universalidad vid. Luigi Ferrajoli, según el cual son fundamentales "*tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a 'tutti' gli esseri umani in quanto dotati dello status di persone, o di cittadini o di persone capaci d'agire*" *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma-Bari, 2001, p. 5.

de especificación⁵ han respondido a las nuevas necesidades que tenían que ser problematizadas y después resueltas. A la *positivación*, cual primer paso esencial para poder hablar, en sentido propio, de derechos fundamentales, la *generalización* ha añadido la extensión en términos de titularidad, rompiendo los paradigmas de género y de censo que eran necesarios para reclamarlos.

Finalmente se ha querido adaptar la interpretación de los derechos proclamados en las declaraciones del final del siglo XVIII al sentido propio de los términos utilizados y no al significado de los términos culturalmente acreditado en aquel tiempo por el cual el sujeto de derecho tenía que ser el varón adulto, propietario y burgués⁶. Cuando se proclamaron los derechos del hombre y del ciudadano, se comprendió cuan erróneo fue excluir, por ejemplo, a las mujeres o la clase obrera porque la vocación iusnaturalista de esas declaraciones exprimía la natural igualdad de todos los seres humanos. El proceso de generalización tuvo el mérito de conectar «el discurso de los derechos con la realidad», y, en particular, de conectar un «discurso basado en la defensa de la igualdad natural de los seres humanos, y una realidad susceptible de ser descrita en términos de desigualdad»⁷.

Con el proceso de internacionalización, que se encuentra en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial, se dio cuenta de la necesidad urgente de proteger los derechos fundamentales en una perspectiva más amplia, no tanto en términos de la titularidad, como del lado de las personas que pudieron violarlos⁸. Las lesiones a estos derechos pueden venir tanto por el Estado, (cuya soberanía es a menudo un muro de goma infranqueable, porque a través del concepto de la razón de Estado, puede rechazar las

⁵ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., p. 69. Vid. también A. E. PÉREZ LUÑO, "Los derechos humanos en la obra de Norberto Bobbio", en Á. LLAMAS (ed.), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, pp. 153 y ss.; R. de ASÍS ROIG, "Bobbio y los derechos humanos", en Á. LLAMAS (ed.), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, cit., pp. 169 y ss.

⁶ B. de CASTRO CID, "Caracterización y fundamentación de los derechos sociales. Reflexiones sobre un libro de F.J. Contreras", *Anuario de filosofía del derecho*, vol. XII, 1995, p. 682.

⁷ R. de ASÍS ROIG, "Hacia una nueva generalización de los derechos. Un intento de hacer coherente a la teoría de los derechos" en I. CAMPOY CERVERA (ed.) *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, Dickinson, Madrid, 2006 pp. 36-37.

⁸ Para los signos de este proceso antes de la Segunda Guerra Mundial en los temas de la lucha contra la esclavitud, la protección de los heridos y enfermos en tiempos de guerra, la protección de las minorías, la prevención y la lucha contra el terrorismo, la creación de un tribunal penal internacional, la protección de los refugiados y la protección de los trabajadores v. G. PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales*, cit., p. 174.

peticiones y recursos de amparo), como por factores que van más allá de las fronteras estatales. Se puede, por ejemplo, considerar las empresas multinacionales con respecto a los derechos de los trabajadores, las organizaciones terroristas y narcotraficantes que operan no sólo dentro de los límites territoriales de un país o en una región geográfica, sino que, las más fuertes, operan sobre escala continental⁹.

Se trata, como dijo Peces-Barba, de un proceso todavía incompleto, cuya eficacia en la protección de los derechos depende de la tipicidad de la comunidad internacional, que es deficiente de un sistema político supranacional con plenos poderes¹⁰.

Sin embargo, es innegable que la ventaja de esta etapa es que se ha configurado como sujeto de derecho internacional, no sólo el Estado, sino también la persona.

La cuarta etapa del proceso evolutivo de los derechos fundamentales, de *especificación*, se determinó desde la necesidad de identificar con mayor precisión a los titulares de los derechos, ya que estos últimos –los derechos– deben ser concebidos como un fenómeno social, cuya titularidad no puede ser reducida a la de un “yo nouménico” sin cuerpo. Se une sin embargo, a la idea de la persona en condiciones particulares y en grupos sociales que determinan su forma de ser, sus capacidades y posibilidades de una vida digna¹¹.

En el caso de los derechos sociales la multiplicación se determinó por el aumento en la cantidad de bienes considerados dignos de protección, y por la consideración de los múltiples estados en los que el individuo se puede encontrar en el curso de la existencia. En otras palabras, era el resultado de un «proceso de concreción, que supone no sólo selección y matización de lo ya existente, sino aportación de nuevos elementos que enriquecen y completan lo anterior»¹². De acuerdo con la definición dada por Bobbio, los derechos sociales son “*l’insieme delle pretese o esigenze da cui derivano legittime aspettative*,

⁹ *Ibidem*, p. 176.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 176-177.

¹¹ Este mismo concepto del “sujeto abstracto de los derechos” fue criticado por Marx, que enfatizó el hombre en una situación social específica. Como recuerda A. E. Pérez Luño, parafraseando a Musil, no se puede hablar del “hombre sin cualidades”, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2007, p. 211. Vid. también C. LEMA AÑON, “Derechos sociales, ¿para quién? Sobre la universalidad de los derechos sociales”, *Derechos y Libertades*, núm. 22, 2010, pp. 182-184, que demuestra que los derechos con titular específico son universales porque la titularidad es de todos los que pertenecen a la clase o al grupo sin posibilidad de excepción.

¹² G. PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales*, cit., p. 180.

che i cittadini hanno, non come individui sociali singoli, uno indipendente dall'altro, ma come individui sociali che vivono, e non possono non vivere, in società con altri individui"¹³.

Estos derechos acompañan a las personas en todas las etapas de la existencia: desde la infancia, que es la más delicada y vulnerable, a la edad adulta, con todas las complejas cuestiones relativas a las necesidades de trabajo, vivienda y salud.

A partir de esta toma de conciencia se derivaron los derechos de los niños, de los trabajadores, de las mujeres, de los desempleados, de los enfermos, de los ancianos y de los pobres, debido a la condición múltiple relacionada con el sexo, la edad, las condiciones físicas y sociales, que no permitan igualdad de trato e igualdad de protección¹⁴.

Y entonces, "se utiliza la técnica de la igualdad como diferenciación" para obtener la igualdad como equiparación¹⁵.

Así la gama de los derechos fundamentales se ha ido ampliando porque "il mondo dei rapporti sociali è ben altrimenti complesso, e alla vita e alla sopravvivenza dell'uomo in questa nuova società non bastano i cosiddetti diritti fondamentali, come la vita, la libertà e la proprietà"¹⁶.

Las circunstancias específicas que los derechos sociales protegen no dan lugar a formas de privilegio sólo en beneficio de algunos, sino que abarcan todos los sujetos, aunque en diferentes etapas de la vida.

De hecho se puede decir que si bien los derechos sociales tienen por objeto proteger a los grupos vulnerables por razones específicas de la pertenencia a una clase, a un género o un grupo étnico, eso no significa que los bienes y las necesidades que protegen no sean de interés potencial para todos los ciudadanos, o, aún mejor, de todas las personas¹⁷. En este sentido, la especificación está en armonía con la generalización, ya que "*i diritti specificati altro non sono che l'applicazione alle circostanze concrete dei principi generali ed astratti propri dell'universalismo. L'uomo i cui diritti sono specificati,*

¹³ N. BOBBIO, *I diritti, la pace e la giustizia sociale*, en *Teoria generale della politica*, cit., p. 458. Vid. también A. E. PÉREZ LUÑO, "La positividad de los derechos sociales: su enfoque desde la filosofía del derecho", *Derechos y Libertades*, num. 14, 2006, p. 163, nota 30.

¹⁴ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., p. 68.

¹⁵ G. PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales*, cit., p. 182.

¹⁶ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., p. 78.

¹⁷ G. PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, p. 75.

non è altro dall'uomo dei diritti universali. In conseguenza, i diritti specificati, non devono essere visti come altro dai diritti generali, ma bobbianamente, come loro specificazione, lex specialis che, però, non deroga, ma applica al caso concreto, la lex generalis"¹⁸.

Desde la perspectiva de los derechos sociales, por lo tanto, el proceso de multiplicación por especificación no sería el lugar de la paradoja del "diseguagliamento"¹⁹ porque contrasta con la tendencia de igualación del proceso de generalización. A través de los derechos sociales se persigue la igualdad por la diferencia. La paradoja sería, sin embargo, en zonas distintas de las de protección social que afectan, por ejemplo, a la nueva categoría de "derecho a la identidad" con la que se reclama el derecho de los individuos y grupos a ser diferentes²⁰.

Así la generalización y la multiplicación por especificación no están necesariamente en conflicto, también se confirma por el hecho de que, históricamente, la Constitución francesa de 1848, que es el emblema de la generalización, expresa el paso desde el hombre abstracto a aquel concreto, cuando se refiere a los trabajadores de la industria y de la agricultura, a los niños abandonados, a los enfermos y a los ancianos sin recursos²¹.

Además, el surgimiento del Estado de bienestar y la función de promoción de la ley han sido la consecuencia del proceso de generalización, del derecho de asociación y de los derechos políticos²².

La igualdad en la titularidad de los derechos políticos se utilizó, por ejemplo, como herramienta para la igualdad material. El reconocimiento del sufragio universal ha permitido a la clase obrera discutir en la vida política las exigencias de la justicia social.

¹⁸ A. PISANÒ, *I diritti umani come fenomeno cosmopolitico. Internazionalizzazione, regionalizzazione, specificazione*, Giuffré, Milano, 2011, p. 171.

¹⁹ V. FERRARI, *Lineamenti di sociologia del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2002, pp. 315-317.

²⁰ Como señala Ferrari, Bobbio habla de especificación de los derechos en la víspera del 'ethnic revival de los años 80'; V. FERRARI, "Las contribuciones de Bobbio a la sociología del Derecho", en F. J. ANSUÁTEGUI; A. IGLESIAS GARZÓN (eds.), *Norberto Bobbio: Aportaciones al análisis de su vida y de su obra*, Dickinson, Madrid, 2011, p. 235. Vid. S. FARIELLO, "I diritti fondamentali nella società multiculturale: il contributo della sociologia del diritto" en *www.dirittifondamentali.it - rivista on-line, Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale*.

²¹ R. de ASÍS ROIG, "Hacia una nueva generalización de los derechos. Un intento de hacer coherente a la teoría de los derechos" en I. CAMPOY CERVERA (ed.) *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, cit., p. 37.

²² G. PECES-BARBA, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid 1988, p. 200.

Por lo tanto hay una conexión entre las categorías de los derechos fundamentales al servicio de la persona, así como hay una relación entre las cuatro etapas de la evolución de los derechos.

Los derechos sociales, nacidos bajo el signo de la multiplicación por la especificación, han recorrido las etapas de positivación, generalización e internacionalización, así como los derechos civiles y políticos han pasado por el proceso de multiplicación por especificaciones. Piénsese en las muchas facetas de la libertad o en el ejercicio de los derechos políticos a nivel europeo para los ciudadanos de la UE.

Si nos fijamos en la forma en que se expresa la positivación se puede reconocer que «las modernas Constituciones democráticas suelen enunciar los derechos económicos, sociales y culturales como derechos de todos los ciudadanos. Algunos de ellos son, indefectiblemente, derechos universales, como el derecho a la salud, el acceso a los bienes culturales o el disfrute de un medio ambiente adecuado. Otros son derechos que sólo pueden hacerse efectivos para quienes en realidad carecen de la prestación que reconocen, como la vivienda, el trabajo, la asistencia sanitaria o la previsión social, en el caso de que se planteen tales contingencias»²³. Esto demuestra una vez más, el alcance general de estos derechos. Valga como último ejemplo, el permiso parental para el padre como la madre.

Por último, hay que señalar que el proceso de multiplicación por especificación no se concluyó con los derechos sociales, pero se ha dado un paso hacia adelante.

De hecho, la multiplicación por especificación puesta en contacto con el contenido de los derechos, permite identificar más de ellos. Piénsese en los derechos ambientales, en el derecho al desarrollo y en el derecho a la paz.

²³ B. GONZÁLES MORENO, *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Civitas, Madrid 2002, p. 164; Incluso los derechos políticos están relacionados con la ocurrencia de una contingencia: la mayoría de edad. Consideremos, también por ejemplo, que en el Senado de la República Italiana la mayoría de edad no es suficiente para el sufragio activo porque se requieren 25 años de edad y se requieren 40 años para el sufragio pasivo. En esta cámara parlamentaria existe, por lo tanto, un criterio selectivo ligado a una lógica gerontocrática; Vid. también A. E. PÉREZ LUÑO, *La tercera generación de Derechos Humanos*, Universidad de Navarra, Garrigues Cátedra, Thomson Aranzadi (Cizur Menor), Navarra, 2006, pp. 289 y ss. Vid. M. J. AÑÓN ROIG; J. GARCIA AÑÓN (coord.), "Los derechos sociales como derechos fundamentales", en *Lecciones de Derechos Sociales* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 64: La universalidad de los derechos sociales significa que "si cualquier sujeto se encuentra en una situación de necesidad (...) será debidamente protegido por el Derecho".

Esto significa que la cuarta etapa, nacida para el beneficio de los derechos sociales, no ha agotado con ellos su poder de tomar nuevas medidas en materia de protección de bienes importantes.

3. EL CONTENIDO LIBERAL DE LOS DERECHOS SOCIALES

Los derechos sociales se conciben tradicionalmente como derechos de igualdad no relacionados con el valor de la libertad, que en su lugar encontraría su plena expresión a través de los derechos civiles y políticos. En el sistema liberal del siglo XIX se ha configurado una relación de confrontación entre la libertad y la igualdad ya que no se ha estimado la función emancipadora del segundo valor que a través de la igualdad en los derechos libera a los sujetos de la esfera del poder y de la dominación de otros²⁴.

Si nos preguntamos acerca de la naturaleza de los derechos sociales podemos reconocer el significado emancipador de la libertad en un sentido material. Un sistema legal que carece de intervenciones sociales destinadas a desterrar la pobreza, la marginación y la formación de guetos o que no sea promotor de un alto nivel de educación, salud, bienestar, empleo y seguridad social de los ciudadanos y residentes, no puede ser aceptado, incluso desde una perspectiva liberal, si entendemos la libertad como libertad verdadera²⁵. Según algunos liberales las condiciones reglamentarias de la libertad disfrutaban de mayor prestigio que las materiales²⁶.

²⁴ Por ejemplo, podemos mencionar los grandes beneficios en términos de autonomía derivados de la igualdad en los derechos políticos.

²⁵ Según Luciani no existe un antagonismo lógico entre los dos principios, ni una prioridad lógica y axiológica del principio de libertad. Él no excluye, más bien, que el conflicto se manifiesta en la dimensión práctica, no menos de lo que podría suceder razonando con sólo uno de los dos principios. De hecho, el principio de la libertad, en sus diversas formas, puede revelar perfiles conflictivos como en la relación entre la libertad de circulación y la libertad de procesión, o entre la libertad de expresión y el derecho a la privacidad. Y entonces “*il conflitto pratico, insomma, non equivale all’incompatibilità logica. Se così non fosse, i principi di libertà e di eguaglianza non sarebbero solo in reciproco contrasto, ma sarebbero, ciascuno per proprio conto, autocontraddittori*”: M. LUCIANI, “Sui diritti sociali”, en *Democrazia e diritto*, número doble octubre 1994 – marzo 1995, año XXXIV-XXXV, p. 560. Por esta razón “*libertà e giustizia, uguaglianza e solidarietà non sono sempre da considerarsi come valori distinti, che entrano in competizione in una logica di temperamento, ma a volte diventano argomenti usati all’interno dell’unico tessuto di ragionamento pratico che conduce alla costruzione unitaria del contenuto di un diritto*”, F. VIOLA, *Etica e metaetica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 103.

²⁶ Como afirmó Carlos Nino “las así llamadas “libertades normativas” no son formas; en la medida en que son establecidas por leyes positivas, al final consisten en la conducta

El ideal de la libertad puede entenderse en dos conocidos sentidos: “libertad de” y “libertad para”. La primera, según Bobbio, no puede ser simplemente reducida a la libertad negativa, así como el último no puede coincidir automáticamente con la libertad positiva. En efecto, tanto la “libertad de” (que implica la ausencia de elementos que impiden la acción), como la “libertad para” (que en cambio se refiere a la posibilidad de acción concreta) son expresiones de la libertad negativa, definida por el filósofo como una calificación de la acción²⁷. La libertad positiva sería una calificación de la voluntad. Dado que tanto la “libertad de” como la “libertad para” son aspectos de la libertad negativa, y que los derechos sociales se conectan a la “libertad de ciertas formas de privación” y permiten la “libertad para lograr planes de acción concretos, mediante el disfrute previo de los bienes y servicios esenciales”, podemos deducir que esta categoría de derechos contribuye a hacer que el valor de la libertad sea real bajo el perfil de la acción.

Así que no puede haber libertad ‘de’ sin libertad ‘para’ y viceversa, tanto es así que *“le due espressioni ‘libertà da’ e ‘libertà di’ possono essere in qualche caso interscambiabili”*²⁸.

La libertad “para” *“attribuisce all’individuo non solo la facoltà, ma anche il potere di fare. Se ci fossero soltanto le libertà negative, tutti sarebbero ugualmente liberi, ma non tutti avrebbero eguale potere. Per pareggiare gli individui, quando li riconosciamo come persone sociali, anche nel potere, occorre che vengano riconosciuti altri diritti come i diritti sociali, i quali debbono mettere ogni individuo in condizione di avere il potere di fare quello che è libero di fare”*²⁹.

Como prueba de la estrecha relación entre *libertad de* y *libertad para* Bobbio cita las cuatro libertades: de culto, de expresión, de vivir sin miedo y de vivir sin miseria proclamadas por Roosevelt el 5 de enero de 1941 en su mensaje al Congreso de los Estados Unidos.

activa o pasiva de diferentes personas –legisladores, jueces, policías– y son condiciones esenciales de la autonomía personal. Por esa razón, no hay una diferencia relevante entre esas condiciones y otras –que también deben ser establecidas por normas– que involucran servicios de terceros”; C. NINO, *Sobre los derechos sociales*, www.bibliojuridica.org/libros/4/1658/7.pdf, p. 142. Vid. también F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, en V. ZAPATERO - M. I. GARRIDO GÓMEZ (eds.) *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, cit., pp. 143 e ss.

²⁷ N. BOBBIO, *Eguaglianza e Libertà*, Einaudi, Torino, 1995, p. 56.

²⁸ *Ibidem*, p. 58

²⁹ N. BOBBIO, “I diritti, la pace e la giustizia sociale”, en *Teoria generale della politica*, cit., p. 461.

Las dos primeras libertades indican una acción que debe ser liberada, mientras las dos últimas son un impedimento que debe ser eliminado³⁰.

La acción del sujeto sin medios es, en efecto, impedida por la pobreza y por lo tanto, aun queriendo actuar de otra manera, esto es, de hecho, impedido. En este caso, la voluntad se vuelve inactiva y hay así una fractura o un salto entre la voluntad y el poder. Si nos dirigimos a la idea del libre albedrío, podemos decir que *“noi deliberiamo, e lo facciamo ritenendo in buona fede che tale deliberazione possa tradursi in azione. Ciò significa che ci attribuiamo la possibilità della scelta rispetto a vari possibili corsi d'azione”*³¹. Por lo tanto, no sólo la acción, sino también la resolución puede ser impregnada de un contenido intencional. Por otra parte recuerda Bobbio, el hombre es *«un animale teleologico, che agisce generalmente in vista di fini proiettati verso il futuro»*³².

En consecuencia, graves privaciones materiales afectan al libre albedrío y lo limitan inevitablemente.

Además, entre las muchas reflexiones sobre la libertad, es especialmente útil la relación, analizada por Bobbio, entre la “libertad frente al Estado” y “la libertad en la sociedad”. Históricamente, la lucha por los derechos se caracterizó principalmente por tres oponentes: el poder político, el poder religioso, y, finalmente, el poder económico³³. Durante mucho tiempo el *télos* de la historia ha sido identificado en la lucha por la emancipación del sujeto contra el poder del Estado.

En términos legales, se produjo a través de las libertades civiles y políticas.

En nuestros días, sentimos la necesidad de protección frente al poder económico porque tanto desde el poder religioso como desde el poder político se han ganado amplias esferas de libertad. Por lo tanto, es necesario el desarrollo de la libertad “a través” o “por medio” del Estado y por esta razón los derechos sociales se definen como derechos de prestación³⁴. El Estado no

³⁰ N. BOBBIO, *Eguaglianza e Libertà*, cit., pp. 59-60.

³¹ M. LA TORRE, “Libertà”, en M. LA TORRE y G. ZANETTI (eds.), *Seminari di filosofia del diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2000, p. 34.

³² N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., p. 47.

³³ *Ibidem*, p. 263.

³⁴ *Ibidem*, p. 27. Debe tenerse en cuenta que algunos derechos sociales no son puramente prestacionales. Consideremos, por ejemplo, las libertades sindicales. El empleador no está obligado a dar o a hacer, sino más bien a no hacer, así que los trabajadores pueden tener, el lugar de trabajo, oportunidades para la interacción y el debate. Además algunos derechos civiles y políticos pueden tener perfiles prestacionales: por ejemplo el derecho a la vida o a la

es, de hecho, insensible a las necesidades de sus ciudadanos, y lo hace con el fin de evitar que la sociedad de consumo pueda consumir al hombre. Con este fin, dice Bobbio, es necesario aumentar los poderes del Estado³⁵. Esto no necesariamente tiene un significado negativo porque *“l'esercizio del potere può essere considerato benefico o malefico secondo i contesti storici e secondo i diversi punti di vista da cui questi contesti vengono considerati. Non è detto che l'accrescimento della libertà sia sempre un bene e l'accrescimento del potere sia sempre un male”*³⁶.

Cabe señalar que el problema de la libertad se presenta en nuestros días a nivel de la sociedad civil. De hecho, *“non importa che l'individuo sia libero 'dallo Stato' se poi non è libero 'nella società'. Non importa che lo Stato sia liberale se poi la società sottostante è dispotica. Non importa che l'individuo sia libero politicamente se non è libero socialmente. Al di sotto della illibertà come soggezione al potere del principe, c'è la illibertà come sottomissione all'apparato produttivo”*³⁷.

Por esta razón es fundamental entender que el problema de la libertad no se puede reducir sólo a la organización del Estado, sino que sobre todo supone la organización de la producción y por lo tanto de toda la sociedad. Este problema *“investe non il cittadino, cioè l'uomo pubblico, ma l'uomo in quanto essere sociale, in quanto uomo. In questo senso sembra che la direzione dello sviluppo storico non sia più 'dallo Stato dispotico allo Stato liberale', ma 'dallo Stato liberale alla società liberata’”*³⁸.

El sistema económico y el de la redistribución de los recursos no debe ser una zona franca de la justicia. Si el sistema económico sólo funciona para el beneficio de unos pocos a través de la explotación de muchos, se repite una forma de alienación del sujeto que percibe su existencia como algo ajeno y diferente en comparación con las tendencias percibidas por la conciencia de su propia humanidad, es decir, las de vivir una vida que habiendo satisfecho

seguridad requieren la intervención de los órganos del Estado contra las acciones perjudiciales; el derecho de los extranjeros acusados de ser asistidos por un traductor; el derecho al voto se puede ejercer a través de los fondos puestos a su disposición por el Estado. Vid.. G. PECES-BARBA, “Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales”, en ID., *Escritos sobre derechos fundamentales*, cit., p. 201.

³⁵ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., p. 72.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ N. BOBBIO, *Eguaglianza e Libertà*, cit., p. 86.

³⁸ *Ibidem*. La necesidad de prestar atención a la sociedad civil es percibida por Bobbio, con especial atención a la sociedad tecnocrática, que hace al hombre la pequeña rueda de un engranaje cuyo funcionamiento es sólo parcialmente conocido, pero de ello si sufren sus efectos deshumanizadores.

las necesidades primarias se proyecta hacia la auto-realización. Los poderes del Estado tienen carácter habilitador y la intervención redistributiva por medio de los derechos sociales tiene como objetivo el desarrollo de las capacidades humanas porque *“della loro apparente contraddittorietà ma reale complementarietà rispetto ai diritti di libertà la più fondata ragione è quella che vede in essi una integrazione dei diritti di libertà, nel senso che essi sono la condizione stessa del loro effettivo esercizio. I diritti di libertà non possono essere assicurati se non garantendo a ognuno quel minimo di benessere economico che consenta di vivere con dignità”*³⁹. Se puede estar de acuerdo que *“l’individuo istruito è più libero di un soggetto incolto, così come il lavoratore lo è rispetto al disoccupato e l’uomo sano rispetto al malato”*⁴⁰. Así que podemos hablar de libertad de tres maneras, sin duda en un sentido más amplio de lo que se podía rastrear originalmente en el contexto de la teoría política:

“1) Ogni essere umano deve avere qualche sfera di attività personale protetta contro le ingerenze di ogni potere esterno, in particolare del potere statale: tipico esempio, la sfera della vita religiosa che viene assegnata alla giurisdizione della coscienza individuale;

2) ogni essere umano deve partecipare in maniera diretta o indiretta alla formazione delle norme che dovranno poi regolare la sua condotta in quella sfera che non è riservata al dominio esclusivo della sua giurisdizione individuale;

*3) ogni essere umano deve avere il potere effettivo di tradurre in comportamenti concreti i comportamenti astratti previsti dalle norme costituzionali che attribuiscono questo o quel diritto, e quindi deve possedere in proprio o come quota di una proprietà collettiva beni sufficienti a una vita dignitosa”*⁴¹.

La relación entre el Estado y el individuo ya no se basa en la sujeción del individuo al Estado, sino en la del Estado al individuo, porque el Estado se convierte en un instrumento para el cumplimiento del sujeto. El individuo libre es el que determina la política de su país y tiene una capacidad económica suficiente que le permita ser libre del poder de los otros porque puede cumplir con las necesidades básicas de la vida material y espiritual *“senza*

³⁹ *Ibidem*, p. 259. Vid. T. GRECO, Norberto Bobbio. *Un itinerario intellettuale tra filosofia e politica*, Donzelli, Roma, 2000, p. 212

⁴⁰ N. BOBBIO, “I diritti, la pace e la giustizia sociale”, en *Teoria generale della politica*, cit., p. 465.

⁴¹ *Ibidem*, p. 446.

le quali la prima libertà è vuota, la seconda è sterile"⁴². Para el sistema democrático, que es el régimen de igualdad, por lo tanto, tiene sentido hablar de la libertad sólo si se convierte en igual libertad. La democracia está fatalmente socavada por el privilegio⁴³ que se configura no sólo cuando los ciudadanos no son iguales ante la ley, sino también cuando la asignación de recursos degrada a los grupos más pobres en una especie de casta inferior, incapaz de emancipación.

Si las relaciones sociales y económicas reducen a los hombres a ser elementos de cambio haciendo que la estructura de la sociedad sea depositaria de la injusticia social, la misma sociedad democrática está en peligro de perder su "apertura" y se convierte en un sistema elitista y censitario.

4. LA FUNCIÓN PROMOCIONAL DEL DERECHO

Después de la edad de la catástrofe, la segunda mitad del siglo XX ha experimentado una especie de edad de oro⁴⁴. A la reconstrucción material del Viejo Continente, devastado por el poder de las armas de guerra, se unió la reconstrucción de las conciencias, y con ellas, del derecho. El hundimiento de la conciencia moral, en el que Kant había encontrado uno de los dos elementos que lo llenaban de admiración y asombro, ha generado una gran consternación, ante la constatación de su incapacidad de frenar a las personas de caer en el abismo de la barbarie⁴⁵.

No ha ayudado tampoco la contemplación del cielo estrellado, porque como señaló Kafka en una hermosa página de *El Castillo*: "*le stelle lassù in cielo non giovano contro la bufera che infuria quaggiù*"⁴⁶. Para llenar el vacío dejado por esa ruina, la incorporación de los derechos fundamentales en los textos consti-

⁴² *Ibidem*, pp. 446-447. G. ESCOBAR ROCA (Dir.), *Derechos Sociales y Tutela Antidiscriminatoria*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2012, p. 102.

⁴³ G. ZAGREBELSKY, *Imparare democrazia*, Einaudi, Torino, 2007.

⁴⁴ De estos años son: la Constitución italiana (1948), alemana (1949), francesa (1946), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), la Declaración de los Derechos del Niño (1959), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Constitución Española (1978).

⁴⁵ Sobre el pensamiento de Kant en la obra de Bobbio vid. "Deux notions de la liberté Dans la pensée politique de Kant", en VV.AA, *La philosophie politique de Kant*, Paris, Presses Universitaires de France, 1962, pp. 105-118; *Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant*, Paris, Presses Universitaires de France, 1969 (2ª ed.).

⁴⁶ F. KAFKA, *Il Castello*, Mondadori, Milano, 2007, p. 116.

tucionales fue, en este trabajo de reconstrucción, la piedra angular de los sistemas jurídicos. Ellos han demostrado *"subito per quello che sono persino nelle pieghe dello stile e della terminologia: un'enfatica proclamazione di volontà, una dichiarazione politica dei cittadini in risposta a esperienze concrete di repressione e di offesa della dignità umana. In quasi tutti gli articoli dei diritti fondamentali risuona l'eco di un torto subito, che viene per così dire contraddetto parola per parola"*⁴⁷. La asunción por parte del ordenamiento jurídico del punto de vista de los oprimidos ha puesto en marcha una nueva inmensa perspectiva sobre el mundo humano, sin la cual –dice Bobbio– no nos habríamos salvado⁴⁸. Para este fin, era necesario concebir de forma diferente la estructura del paradigma constitucional del Estado liberal burgués. Las constituciones europeas postbélicas se inspiran también en los valores sociales tanto es así que *"s'è parlato di passaggio dalla democrazia liberale alla democrazia sociale"*⁴⁹ en que el concepto del derecho, en la forma de protección y represión, dio espacio a la función promocional⁵⁰. En este sentido los organismos públicos emplean siempre más las *"tecniche di incoraggiamento in aggiunta, o in sostituzione di quelle tradizionali di scoraggiamento"*⁵¹ gracias a la transformación efectuada por el sistema de Bienestar.

Durante mucho tiempo la función de protección y de represión fue adoptada, de acuerdo con la enseñanza de Thomasius, como el paradigma dominante de la esencia del derecho. Para Bobbio, en cambio, constituía un ideal político o más bien una ideología que veía en la paz alcanzada a través de normas negativas, el sentido del paso del estado de naturaleza al estado de sociedad⁵².

⁴⁷ J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini e Associati, Milano, 2002, p. 460.

⁴⁸ Bobbio reconoce que la perspectiva del punto de vista de los oprimidos es una deuda con el marxismo. N. BOBBIO, *Politica e Cultura*, Einaudi, Torino, 2005.

⁴⁹ N. BOBBIO, "I diritti, la pace e la giustizia sociale", en *Teoria generale della politica*, cit., p. 459.

⁵⁰ N. BOBBIO, "Sulla funzione promozionale del diritto", *Rivista trim. di dir. e proc. civ.*, 1969, p. 1313 y N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977, p. 13. Vid. R. GUASTINI, "La teoria generale del diritto" en P. ROSSI (ed.), *Norberto Bobbio tra diritto e politica*, Laterza, Roma-Bari 2005, pp. 77-78; G. PECES-BARBA "Reflexiones sobre los derechos sociales" en R. ALEXY, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo Madrid, 2009 p. 89; L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. (2. Teoria della democrazia), Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 82 y ss.

⁵¹ N. BOBBIO, *Sulla funzione promozionale del diritto*, en *Rivista trim. di dir. e proc. civ.*, cit., p. 1314.

⁵² La función de protección se persigue a través de prohibiciones, mientras la función represiva a través de sanciones, de acuerdo con la visión común del positivismo jurídico des-

Incluso hoy en día, las teorías que se inspiran en el modelo liberal clásico conciben el Estado como un mero guardián de la ley y del orden, pero si se tiene en cuenta la dimensión social de la democracia, se puede evitar seguir aplicando conceptos e ideologías del pasado que se vuelvan inadecuados, si se toman en sentido reduccionista⁵³. No se quiere, de hecho, negar que la ley todavía mantiene una vocación de protección y represión –no podía no hacerlo– también a la luz de las nuevas formas de agresión de los bienes jurídicos. Se pretende más bien decir que no agota, ni completa la función del derecho que, a menudo, en lugar de desalentar, alienta y promueve una serie de actividades que se consideran útiles para el pleno desarrollo de la persona humana y de la sociedad en su conjunto. En este contexto, la ley no hace sólo uso de sanciones negativas, sino también positivas, aunque el aspecto coercitivo, apareció durante mucho tiempo, gracias a Kelsen, la única dimensión de la sanción⁵⁴.

Para Bobbio la sanción no coincide simplemente con el uso de la fuerza, sino en una “reacción a la violación”, sea lo que sea, también económica, social o moral, es decir, en última instancia, garantizada por el uso de la fuerza. Si en la visión liberal la ley regulaba el comportamiento de las personas, indicando las conductas prohibidas, obligatorias y permitidas, la organización del Estado contemporáneo lo regula a través de la promesa de incentivos y premios. Al hacerlo, también se organiza la acción del Estado que adquiere un sentido, sin duda, de propulsión.

Por esta razón, en el lenguaje jurídico se encuentra con mayor frecuencia no sólo el término “garantizar”, sino también la palabra clave “promover”. Para adaptar la teoría general del derecho a la transformación de la sociedad contemporánea y al desarrollo del Estado de Bienestar se debe

de Austin a Kelsen. Obviamente, Bobbio señala, las dos teorías, a menudo, se superponen, porque *“il diritto svolge la funzione di protezione rispetto agli atti leciti (che possono essere tanto atti permessi quanto atti obbligatori), mediante la repressione degli atti illeciti”*, *Ibidem*.

⁵³ Por otra parte, advierte Bobbio, cada *“riduzione, (...) è una buona spia per lasciar scorgere il carattere ideologico di una teoria; ma è in genere, da un punto di vista analitico, un’aberrazione”*, *Ibidem*, pp. 1320-1321.

⁵⁴ Vid. N. BOBBIO, “Verso una teoria funzionalistica del diritto y también, Struttura e funzione nella teoria del diritto di Kelsen”, en N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, cit., respectivamente pp. 63 y ss., y pp. 187 y ss. Vid. también el pensamiento de Kelsen a través de la metodologías analíticas de G. GAVAZZI, *Delle antinomie*, Giappichelli, Torino 1959; *Norme primarie e norme secondarie*, Giappichelli, Torino, 1967; *L’onere. Tra la libertà e l’obbligo*, Giappichelli, Torino, 1970.

superar el punto de vista estructural del sistema jurídico a favor de lo funcionalista⁵⁵.

Como prueba de ello, Bobbio recuerda el rico contenido promocional de la Constitución italiana⁵⁶ en la que las piedras angulares del nuevo modelo constitucional son sus artículos 2 y 3 que suenan como proposiciones performativas de reconocimiento y garantía de los derechos inviolables de la persona y de eliminación de los obstáculos al desarrollo económico y social, que limiten la libertad y la igualdad, porque impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en el desarrollo político, económico y social del País. El *carácter performativo* es el resultado de la *positivización* del compromiso del Estado para intervenir en el sector social, que por lo tanto, seguirá estando obligado por esas promesas. Considere la redacción similar del artículo 9.2 de la Constitución Española, que encomienda a los poderes públicos la tarea de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad, tanto de los individuos y de los grupos, sean reales y efectivas, de remover los obstáculos que impidan o dificulten su aplicación y, por último, de facilitar la participación de todos los ciudadanos en el desarrollo político, económico, social y cultural.

⁵⁵ N. BOBBIO, "Diritto e scienze sociali", en N. BOBBIO *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, cit., p. 43. La transición del Estado liberal al Estado de Bienestar siguió tres líneas. La primera línea, que ya fue identificada por Hayek, desde un punto de vista estructural expresa el aumento progresivo de las normas de organización en comparación con las normas de conducta. De este cambio Bobbio captó el aspecto más importante: mientras las normas de conducta hacen posible la convivencia de los individuos o de los grupos que persiguen propósitos individuales, las de organización hacen posible la cooperación de las personas o de los grupos que persiguen un objetivo común. La segunda línea expresa, desde el punto de vista jurídico, la transición de un control social basado en normas con sanciones, a otro que contiene normas técnicas, cuya fuerza depende de la relación medios-fines que expresan, es decir que hacer o no hacer ciertas acciones permite alcanzar el propósito deseado o impuesto. La tercera línea es precisamente la transición de la función represiva a la función promocional que requiere "una continua opera di stimolazione di comportamenti considerati economicamente vantaggiosi"; *Ibidem*, p. 53-55.

⁵⁶ Se pueden considerar los artículos: 4, I, (promoción de las condiciones que hagan efectivo el derecho al trabajo, elemento clave de la República Democrática); 5, (reconocimiento y promoción de la autonomía local); 9, I, (promoción de la cultura y de la investigación científica y técnica); 35, III, (promoción de acuerdos y organizaciones internacionales para establecer y regular los derechos laborales); 45, I, (promoción del aumento de la cooperación); 31, I, (facilitación de la formación de la familia a través de medidas económicas y otras providencias); 44 II, (medidas a favor de las zonas de montaña); 47, I y II, (estímulo y protección del ahorro y, en particular, del ahorro popular para la propiedad de la vivienda).

Las técnicas de estímulo y promoción se diferencian de las de desaliento, en que “*mentre l’inadempimento di un comportamento scoraggiato da una minaccia fa sorgere nel minacciante il diritto di eseguirla, l’adempimento di un comportamento incoraggiato da una promessa fa sorgere nell’adempiente il diritto a che la promessa sia mantenuta*”⁵⁷. La relación subjetiva entre el titular del derecho y el titular de la obligación son diferentes, dependiendo de si la sanción es positiva o negativa, porque en el caso de sanción negativa la relación derecho-deber va del sancionante al sancionado, mientras en el caso de sanción positiva del sancionado al sancionante⁵⁸. Y, de hecho, precisa Bobbio, la fórmula de sanciones negativas es “*Se fai a, devi b*” es decir, tienes la obligación de someterte al mal amenazado, mientras la fórmula de las sanciones positivas es “*Se fai a, puoi b*” es decir “*hai il diritto di ottenere il bene del premio*”⁵⁹. Además, las técnicas de estímulo a través las normas de promoción, en lugar de mantener el status quo, amenazando a un malo por conductas que violen las normas, se convierten en instrumentos de cambio y de innovación, porque una conducta se fomenta a través de la promesa de un bien⁶⁰. Se premia un *hacer* en lugar de un *no hacer*⁶¹.

En conclusión sobre este punto, también es útil recordar que la función de promoción ha influido en la legislación penal, porque la promesa de recompensas es uno de los instrumentos para la represión de la delincuencia y el objetivo rehabilitador de la pena.

5. EL DÉFICIT DE LA FUNCIÓN PROMOCIONAL DEL DERECHO: REMEDIOS POR INCUMPLIMIENTOS DE LOS DERECHOS SOCIALES

El reconocimiento constitucional de los derechos sociales tiene su matriz en la función promocional del derecho. En este punto, la cuestión cla-

⁵⁷ N. BOBBIO, “Sulla funzione promozionale del diritto”, *Rivista trim. di dir. e proc. civ.*, cit., p. 1327.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 1328.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Las técnicas de estímulo tratan de influir en el comportamiento del sujeto facilitándolo o por la promesa de consecuencias favorables. Sin embargo, existe una diferencia: la facilitación precede o acompaña al comportamiento y por lo tanto tiende a hacer que la conducta sea menos gravosa. La sanción positiva, el premio, sigue el comportamiento y por lo tanto tiende a hacerlo más atractivo.

ve es cómo remediar la falta de conformidad con el compromiso asumido por el Estado en el pacto constitucional. Nos enfrentamos a la paradoja de la teoría de los derechos y libertades: ¿cómo se puede negar que los derechos reconocidos en los textos constitucionales son derechos auténticos y al mismo tiempo, considerar derechos positivos, declaraciones normativas no justiciables?⁶². Bobbio, como señala Pérez Luño, no dio una respuesta al problema aunque ha reconocido la importancia de la protección de los derechos por la imposibilidad de ignorar los reclamos de parte de los que sufren⁶³.

Tratando en este punto de abrir escenarios posibles de protección, se podría argumentar que la falta de acción legislativa y la inercia de la autoridad pública constituye, en sí mismo, la violación de una obligación contraída, a la que podrían seguir remedios para la indemnización compensatoria. La garantía de los derechos no puede, de hecho, estar limitada por estos factores debido a la inactividad del Estado. Los derechos fundamentales no son una mercancía⁶⁴. El carácter fundamental no puede depender del grado de protección que ofrece el Estado.

La justiciabilidad de los derechos puede adoptar diversas formas, puede ser: directa, perfecta o reparadora, que permite al titular la restauración del derecho violado, o directa imperfecta o compensadora, que protege el derecho a través de la compensación o por equivalente y, por último, puede ser indirecta generalmente preventiva⁶⁵. La protección de los derechos sociales se puede realizar a través de las tres formas de justiciabilidad. Si en algunos casos la primera forma no puede ser puesta en práctica, se podría solicitar al tribunal una indemnización o compensación equivalente. Frente a los que no tienen una vivienda o los medios necesarios para sobrevivir, el órgano judicial podrá ordenar al Estado compensar el daño. No se pretende ocultar los problemas que esta solución tiene especialmente desde el punto de vista económico, sin embargo, las dificultades no “diluyen el mandato radical de

⁶² A. E. PÉREZ LUÑO, “Los derechos humanos en la obra de Norberto Bobbio” en Á. LLAMAS (ed.), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, cit., p. 165.

⁶³ V. FERRARI, “Las contribuciones de Bobbio a la sociología del Derecho”, en F. J. ANSUÁTEGUI; A. IGLESIAS GARZON (eds.), *Norberto Bobbio: Aportaciones al análisis de su vida y de su obra*, cit., p. 234.

⁶⁴ J. DE LUCAS, *Sobre las garantías de los derechos sociales de los inmigrantes*, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, num. 4, 2001, (<http://www.uv.es/CEFD/4/Delucas.html>).

⁶⁵ L. HIERRO, “Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy”, en R. ALEXY, *Derechos sociales y ponderación*, cit., p. 195.

la Constitución de remover los obstáculos y promover las condiciones para que la libertad y la igualdad puedan ser reales y efectivas para todos”⁶⁶.

En este punto, generalmente se sostiene que no es apropiado dar ese poder a los jueces, porque se cree que la especificación de los derechos sociales a través del instrumento legislativo, representa la única manera de hacer que estos derechos sean justiciables⁶⁷.

Las razones de la primacía otorgada a la ley son: la escasez de recursos, (que impone la necesidad de tomar decisiones generales en la administración de escasos recursos), la competencia exclusiva del gobierno y del parlamento en la elaboración y aprobación del presupuesto y en el uso de los fondos públicos y, por último, la necesidad de mantener una visión sistemática y general de la cantidad de personas calificadas para la satisfacción de las necesidades básicas⁶⁸. Por otra parte, los jueces no son elegidos y no expresan la voluntad popular y por lo tanto no tienen la facultad de decidir sobre la distribución de los recursos. Asimismo se señala que ellos carecen de competencia técnica, no siendo expertos en el sector económico. Sin embargo, se olvida que cada día los jueces se enfrentan a problemas de indudable complejidad y por esta razón son asistidos por técnicos y expertos. Por lo tanto «no se trata de obstáculos irresolubles y muchas de las soluciones técnicas a las que los tribunales recurren para afrontarlos tienen una firme aceptación en la *communis iuris opinio*»⁶⁹.

La intervención judicial interpretada en la lógica de la protección de las necesidades vitales, no tiene nada que ver con el populismo judicial⁷⁰.

Los derechos fundamentales «son posiciones tan importantes, que su atribución o su denegación a los individuos no puede quedar en manos de la mayoría parlamentaria simple»⁷¹. Esto crea un conflicto entre los derechos y los principios de organización del poder, pero no es un hecho exclusivo de

⁶⁶ G. PECES-BARBA, “Reflexiones sobre los derechos sociales”, en R. ALEXY, *Derechos sociales y ponderación*, cit., p. 92.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 94.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 99.

⁶⁹ G. PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, cit., p. 95.

⁷⁰ G. PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, cit., p. 90; C. FABRE, *Social Rights under Constitution. Government and the Decent Life*, Clarendon Press, Oxford, 2004, p. 2.

⁷¹ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 395.

los derechos sociales⁷². En el caso de los derechos sociales, se puede apoyar el argumento según el cual la competencia del Parlamento en materia presupuestaria no es ilimitada ni absoluta ya que los derechos fundamentales pueden superar las razones de política financiera⁷³.

Como señala Searle, la realidad institucional surge en virtud de la intencionalidad colectiva de función⁷⁴ según la cual los órganos investidos de un poder de representación ejercen sus funciones gracias a una *investidura* popular. Se crea una ontología invisible que hace que la acción política sea representativa de la voluntad popular. Cuando la acción política deja de proteger los derechos fundamentales, no dando cumplimiento a las obligaciones establecidas en la Constitución, la ontología invisible se desmorona, y por tanto el titular de poder ya no tiene un permiso válido para llevar a cabo esas funciones. En nuestros días, los derechos sociales son *“il più importante fondamento di legittimità delle istituzioni politiche e degli assetti sociali nel vecchio continente”*⁷⁵.

La garantía de estos derechos es *“la ragion d'essere dell'organizzazione giuridica e politica. [...] I diritti, in definitiva, sono un elemento sostanziale configuratore dello Stato costituzionale e del suo diritto”*⁷⁶.

La constitucionalización de los derechos sociales y la disposición de las cláusulas de promoción son una expresión simbólica de la forma en que, a través de un pacto constitucional, se acordó sobre la necesidad de la justicia social, y por lo tanto sobre la forma en que algunas situaciones materiales deben ser interpretadas. Un cierto tipo de *facticidad* se convierte en materia prima formada por la *normatividad*, ya que algunos hechos se toman como objeto de interés por parte del derecho.

La conexión entre facticidad y normatividad en materia de derechos sociales se expresa a través de las disposiciones constitucionales relativas a la igualdad material, la solidaridad y la dignidad humana. Surge en este punto el problema de localizar históricamente este proyecto y luego *“la controversia*

⁷² Esto demuestra que la dimensión conflictiva de los derechos no se manifiesta sólo en las relaciones entre ellos, sino también entre los derechos y los principios rectores del ordenamiento jurídico.

⁷³ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 455.

⁷⁴ J. R. SEARLE, *La costruzione della realtà sociale*, Edizioni di Comunità, Milano, 1996, p. 33.

⁷⁵ A. J. MENÉNDEZ, *La linfa della pace: i diritti di solidarietà nella Carta dei Diritti dell'Unione Europea*, en *Diritto e questioni pubbliche*, num. 4, 2004, p. 96.

⁷⁶ F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, *“Democracia constitucional, derechos y violencia institucional”*, *Sociologia del diritto*, num. 3, 2012, p. 35.

sulla giusta concezione paradigmatica d'un sistema giuridico pensato come parte della totalità sociale è sostanzialmente una controversia politica"⁷⁷.

El seguro de los niveles adecuados de protección social depende de elementos que van más allá de la positivación de los derechos fundamentales. La política juega un papel fundamental que debe ser desarrollado de acuerdo con la lógica legal configurada por la Constitución. Por esta razón, en el marco del constitucionalismo contemporáneo, la violación de derechos fundamentales constituye una hipótesis de *violencia institucional*⁷⁸ que no se manifiesta a través del uso de la fuerza bruta, sino a través de «l'alterazione traumatica di ciò che potremmo denominare "le condizioni di normalità di una determinata realtà"»⁷⁹. En el caso en que los órganos del Estado a través de acciones u omisiones que afecten negativamente a los valores de la dignidad, de la libertad y de la igualdad, podemos hablar de una alteración de la normalidad que presupone un Estado de derecho⁸⁰.

Desafortunadamente, la frecuencia con la que a veces se repite la violación de los derechos fundamentales hace que la lesión no sea sentida por su gravedad sino que se interprete como una hipótesis no excepcional a tener en cuenta dentro de un sistema legal. El problema consiste precisamente en no ser capaz de percibir la gravedad de la violación. La excepción ilegal se convierte en regla y no hay mayor mal que la violencia erigida en principio, en norma.

El papel de los jueces en vez de alterar el sistema institucional, sería una herramienta para la conservación y adecuación a los elementos básicos del modelo de Estado de Bienestar. En conclusión, así como en las relaciones entre particulares, la violación de una obligación da lugar a los recursos destinados a satisfacer el derecho del acreedor, incluso cuando la relación es entre el Estado y los ciudadanos, el fracaso de la actividad promocional debe ser igualmente castigado.

⁷⁷ J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, cit., p. 468.

⁷⁸ F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, "Democracia constitucional, derechos y violencia institucional", *Sociologia del diritto*, cit., pp. 27-28: En este sentido, constituyen casos de violencia institucional la negación de los derechos, la falta de garantías, y las lagunas en el sistema de protección de derechos.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 27.

⁸⁰ Según parte de la doctrina las omisiones en el ámbito de los derechos sociales tienen un problema de causalidad porque una omisión no puede ser la causa de consecuencias legales. Vid. R. ARANGO, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá 2005 pp. 176 e ss.

Este argumento sigue, aunque por diferentes temas, la orientación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que prevé en beneficio de los ciudadanos europeos el derecho a una indemnización por incumplimiento o retraso en la transposición de las directivas de la UE, hallando una solución a la falta de actividad de los Estados.

Y entonces, siguen siendo eternas las palabras de Norberto Bobbio: *“mentre l’inadempimento di un comportamento scoraggiato da una minaccia fa sorgere nel minacciante il diritto di eseguirla, l’adempimento di un comportamento incoraggiato da una promessa fa sorgere nell’adempiente il diritto a che la promessa sia mantenuta”*⁸¹.

PAOLA CHIARELLA
Facoltà di Giurisprudenza
Università degli Studi Magna Graecia di Catanzaro
Germaneto 88100 (Italia)
paola.chiarella@libero.it

⁸¹ N. BOBBIO, “Sulla funzione promozionale del diritto”, *Rivista trim. di dir. e proc. civ.*, cit., p. 1327.